

Vocação Sucessória do Cônjuge e Regime de Bens: O Capítulo Conclusivo de uma Evolução Jurisprudencial (?)

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Professor Auxiliar (concursado) da PUC/RJ.

Membro da Academia Brasileira de Direito Civil.

SUMÁRIO: 1. O problema e a primeira solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. As manifestações doutrinárias subsequentes. 3. A formação de nova jurisprudência. 4. O argumento relativo à proibição de pacto sucessório. 5. O expresse reconhecimento de que a nova jurisprudência “se firmou”. O que esperar, agora? 6. Pós-escrito. 7. Bibliografia (obras citadas).

1. O PROBLEMA E A PRIMEIRA SOLUÇÃO ADOTADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O art. 1.829 do Código Civil de 2002, ao possibilitar a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes ou com ascendentes do *de cujus*, deu margem, como é notório, a mais de uma controvérsia. Entre outras questões polêmicas, o sentido da expressão “separação obrigatória”, empregada no primeiro de seus incisos, constituiu objeto de aceso debate, sobretudo a partir de dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, proferidos no ano de 2009.¹ Em ambos, prevaleceu o entendimento de que “separação obrigatória” abrangeria, naquele contexto, tanto o regime da separação *legal* do art. 1.641, quanto o da separação *convencional* (decorrente de pacto antenupcial válido) – com a consequência relevantíssima de que, na sucessão de que ali se cuida, todo o acervo hereditário deveria ser atribuído *apenas* aos

¹ Refiro-me aos REsp's n.ºs 1.111.095-RJ (j. 01.10.2009) e 992.749-MS (j. 01.º.12.2009), decididos, respectivamente, pela 4ª e 3ª Turmas. No mais antigo desses acórdãos, a fundamentação a que se refere o texto consta do voto do Ministro Fernando Gonçalves (relator p/acórdão).

descendentes. No dizer de um daqueles julgados, “em ambas as hipóteses [a separação] é obrigatória, porquanto na primeira, os nubentes se obrigam por meio de pacto antenupcial – contrato solene – lavrado por escritura pública, enquanto na segunda, a obrigação é imposta por meio de previsão legal”.²

Naturalmente, esses pronunciamentos tiveram impacto sobre a jurisprudência de tribunais locais: assim, por exemplo, em acórdão de 2012, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro seguiu a orientação do Superior e prestigiou a “interpretação sistemática” proposta naqueles precedentes.³ Na oportunidade, a Corte fluminense entendeu que a expressão controversa “abarca duas espécies de separação, a legal e a convencional, excluindo-se o cônjuge supérstite da sucessão do *de cujus*, quando há concorrência com descendentes”. Em relação ao tema, a influência daqueles precedentes oriundos de Brasília se tornou perceptível em mais de um tribunal,⁴ e mesmo em datas bem mais próximas.⁵

2. AS MANIFESTAÇÕES DOUTRINÁRIAS SUBSEQUENTES.

Os acórdãos do Superior, se inevitavelmente repercutiram na jurisprudência, não chegaram, porém, a constituir um grande sucesso de crítica. Aliás, já no voto condutor do REsp. nº 992.749-MS, a eminente Ministra Relatora ressaltava a “doutrina predominante, (...) no sentido de que o cônjuge sobrevivente casado pelo regime da separação convencional de bens ostenta a condição de herdeiro concorrente”.

Na qualidade de atualizador do último volume das *Instituições de Direito Civil* do saudoso Caio Mário da Silva Pereira, sempre defendi a tese de que, no regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes do *de cujus*.⁶ Considerada, porém, a inegável

2 Voto da Ministra Nancy Andrighi no REsp. nº 992.749-MS.

3 TJRJ, 20ª Câmara Cível, apelação cível nº 0010087-44.2006.8.19.0052, Rel. Des. Inês Trindade, j. 19.09.2012. Em igual sentido, na jurisprudência da Corte: TJRJ, 18ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0051574-77.2011.8.19.0000, Rel. Des. Célia Meliga (decisão monocrática), j. 09.02.2012; TJRJ, 4ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0057663-53.2010.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 27.04.2011.

4 TJRS, 8ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0195882-36.2013.8.21.7000, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.08.2013; TJMG, 5ª Câmara Cível, apelação cível nº 2550619-11.2012.8.13.0024, Rel. Des. Versiani Penna, j. 14.10.2014; TJMG, 8ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0533009-39.2012.8.13.0000, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 23.06.2013.

5 TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento nº 2024907-83.2015.8.26.0000, Rel. Des. Mary Grün, j. 14.10.2015; TJRJ, 18ª Câmara Cível, agravo de instrumento nº 0022348-85.2015.8.19.0000, Rel. Des. Maurício Caldas Lopes (decisão monocrática), j. 02.06.2015; TJRJ, 12ª Câmara Cível, apelação cível nº 0005717-08.2007.8.19.0207, Rel. Des. Cherubin Elcias Schwartz (decisão monocrática), j. 16.04.2015. Trata-se de pronunciamentos que nem de longe refletem a mudança de rumo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, iniciada e consolidada nos últimos meses de 2014.

6 Na 15ª edição da obra, de 2004 (a primeira que se seguiu à entrada em vigor do Código Civil de 2002), minha opinião encontrava-se claramente manifestada nas pp. 148-149.

relevância do tema e, em especial, do precedente da 3ª Turma, passei a mencioná-lo,⁷ sem, no entanto, abdicar de minha opinião, exposta em edições anteriores. E não me pareceu ousadia excessiva qualificá-lo como “infeliz”.

Críticas se sucederam. Houve quem afirmasse que o acórdão era “surpreendente”⁸ e gerador de uma “incerteza categórica”⁹, pois teria ignorado “todo o tratamento doutrinário referente às categorias da separação legal e da separação convencional de bens”;¹⁰ houve quem nele enxergasse “uma completa confusão”;¹¹ houve quem sustentasse que “confundir (...) a separação obrigatória (...) com a separação convencional é subverter por completo a lógica do sistema”;¹² houve quem alvitrasse que o julgado “deverá ficar sozinho”;¹³ e não faltaram outras manifestações, analíticas ou sintéticas, de desacordo com as conclusões do Superior.¹⁴

Na trincheira oposta, vozes muito respeitáveis sustentaram que o acórdão teria promovido “a superação da contradição intersistemática a partir da assimilação da existência de erro do legislador e da consequente contradição sistemática e axiológica”; e que a interpretação nele acolhida resolveria uma “antinomia” entre regras do Livro do Direito de Família e outras inseridas no Livro do Direito das Sucessões, com a consequente preservação da “unidade lógica” do sistema.¹⁵ Mas não se dissimulou o fato de que apenas se lograria alcançar a conclusão do julgado mediante a “superação da letra do art. 1.829 do Código Civil”, de modo a dar “prevalência

7 Nota de rodapé (nº 25) inserida na p. 132 da 18ª edição da obra (de 2011) e mantida nas posteriores. Em estudo mais recente, em que procurei apontar algumas das imprecisões do acórdão, escrevi que a classificação nele proposta – separação “obrigatória” como *gênero*, dos quais seriam *espécies* a separação convencional e a separação do art. 1.641 – constitui “certamente uma das construções mais ousadas já lidas em decisões da Corte” (CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, “Regime de bens e sucessão”, in *Revista do Ministério Público*, nº 56, p. 55).

8 FLÁVIO TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, p. 1.310; Id., *Direito Civil*, v. 6, p. 184.

9 FLÁVIO TARTUCE, *Manual de Direito Civil*, p. 1.310.

10 FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil*, v. 6, p. 187.

11 SALOMÃO DE ARAÚJO CATEB, *Direito das Sucessões*, p. 114.

12 PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO, *Novo Curso de Direito Civil*, v. 7, p. 223. Embora críticos ao argumento central do voto da Ministra Relatora, os autores manifestam “a bela intenção do julgado, que pretende contornar o absurdo legislativo de se permitir concorrência sucessória em favor de quem, ao logo de toda uma vida, optou por uma completa separação patrimonial” (ob. cit., p. 224). Mas essa “completa separação patrimonial” (como qualquer outro regime de bens) *cessa* com a morte (Código Civil, arts. 1.571 e 1.576); e não surge, a partir daí, uma “comunhão patrimonial *post mortem*”, ao contrário do que asseveram esses ilustres civilistas (ob. cit., p. 225), já que, na posterior partilha, nada será atribuído ao cônjuge a título de *meação*.

13 ZENO VELOSO, *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*, p. 72 (na impossibilidade de consulta direta à obra, reproduzo a citação constante do voto vencedor do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP).

14 ANA LUIZA MAIA NEVARES, *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*, pp. 98-105; LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, pp. 346 e ss.

15 KARIME COSTALUNGA, “O cônjuge sobrevivente e seu direito à herança: uma interpretação da disciplina orientada pela Constituição e pelo Código Civil”, in *Modelos de Direito Civil*, pp. 573 e 591. Veja-se, no mesmo volume, o prefácio de JUDITH MARTINS-COSTA à dissertação de Mestrado de KARIME COSTALUNGA (*Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*), pp. 565-571.

ao seu *espírito*¹⁶ – isto é, à ideia de que a separação patrimonial em vida não poderia converter-se em “comunhão patrimonial *post mortem*”, porque “diversos os efeitos buscados pelo ato de autonomia do casal”.¹⁷ Ou, nas palavras da própria Ministra Relatora: o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”.¹⁸

Interessante registrar, neste passo, uma observação muito arguta de Francisco José Cahali.¹⁹ Embora refratário, em tese, à concorrência entre cônjuge e descendentes no regime da separação convencional, afirma ele que a premissa do acórdão “autorizará, também, a exclusão do direito sucessório quanto aos bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens”. Sem dúvida: se a supressão de recíprocos direitos hereditários devesse ser vista como um dos “efeitos buscados pelo ato de autonomia do casal” (isto é, pela livre escolha do regime de bens), então, quando os nubentes optassem pelo regime supletivo, seria lógico concluir que um daqueles efeitos residiria na transmissão dos bens *particulares* de cada um (*v.g.*, os anteriores ao casamento) exclusivamente *a seus próprios parentes*, segundo a ordem de vocação hereditária: trata-se de um desdobramento inevitável da ideia segundo a qual o regime de bens “obriga as partes na vida e na morte”, com a exclusão de quaisquer direitos sucessórios sobre patrimônio que, em vida, não se comunicara ao viúvo ou à viúva. Mas a negação de direitos sucessórios do cônjuge, na comunhão *parcial*, sobre os bens particulares do *de cujus* seria incompatível com o texto do art. 1.829,²⁰ quer na hipótese de concorrência com descendentes, quer nas subseqüentes (em relação às quais sempre se reconheceu, de maneira quase unânime,²¹ a *irrelevância* do regime de bens).

16 KARIME COSTALUNGA, ob. cit., pp. 590 e 591, respectivamente.

17 JUDITH MARTINS-COSTA, ob. cit., p. 570.

18 Essa suposta obrigatoriedade do regime de bens “na vida e na morte” é uma das premissas do voto do Ministro Luiz Felipe Salomão, que compôs a maioria no anterior julgamento do REsp. n.º 1.111.095-RJ. Segundo ele, “a dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges não autoriza que a partilha de bens particulares seja realizada por forma diversa da admitida pelo regime de bens a que submetido o casamento (...)”.

19 FRANCISCO JOSÉ CAHALI E GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Direito das Sucessões*, p. 195. A incoerência apontada por Cahali foi também ressaltada, no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, ao votar, como Relator, no REsp. n.º 1.472.945-RJ: “Ademais, seria de todo incoerente assegurar ao cônjuge casado pela comunhão parcial cota na herança de bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo *de cujus*, e não conferir o mesmo direito ao casado pela separação convencional. Afinal, quando se casa pela comunhão parcial, o intuito é justamente evitar a comunicação dos bens adquiridos anteriormente ao casamento. Observa-se, contudo, que, apesar dessa opção dos nubentes, no momento da sucessão, o viúvo terá, à luz da legislação, participação hereditária no acervo particular”.

20 É a conclusão a que chegou a 2ª Seção, ao encerrar (em 22.04.2015) o julgamento do REsp. n.º 1.368.123-SP, Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo. O voto (vencedor) do Relator originário, Ministro Sidnei Beneti, assim como o voto do Ministro Raul Araújo expressam (a meu ver, acertadamente) uma inequívoca rejeição à premissa de que a escolha do regime de bens do casamento possa “ser encarada como um ato precipuamente voltado à regulação de situações patrimoniais sucessórias” (excerto do primeiro).

21 A única manifestação em sentido contrário, de que tenho notícia, é a de KARIME COSTALUNGA, ob. cit., p. 588,

Como bem observou o Professor Cahali, nem todos os que “festejaram aqueles precedentes” se advertiram das consequências de suas premissas...

3. A FORMAÇÃO DE NOVA JURISPRUDÊNCIA.

Alguns julgamentos ocorridos no segundo semestre de 2014 e no início de 2015 subverteram a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²² O Ministro João Otávio de Noronha, que, na 4ª Turma, fora voto vencido num dos precedentes de 2009,²³ desempenhou papel destacado na construção e consolidação do novo entendimento: foi dele o primeiro voto divergente, no âmbito da 3ª Turma, no REsp. nº 1.346.324-SP e, na 2ª Seção, foi dele o primeiro voto divergente no REsp. nº 1.382.170-SP, tendo assumido, em ambos os casos, a redação do acórdão majoritário.

Os acórdãos e votos que formaram a expressiva maioria, em cada uma daquelas oportunidades, reconheceram que, no sistema do vigente Código Civil, o cônjuge é, *sempre*, herdeiro necessário, “qualquer que seja o regime de bens adotado pelo casal”;²⁴ que a separação obrigatória, mencionada no art. 1.829, nº I, é apenas aquela de que trata o art. 1.641; que os casos em que o cônjuge não concorre com descendentes devem ser interpretados restritivamente, por se cuidar de *exceções*, não sendo lícito ao intérprete “restringir onde a lei não excepcionou”;²⁵ que o pacto antenupcial não produz efeitos

nota nº 75 (onde a autora, ao menos *de lege ferenda*, critica a “invasão à esfera privada” que o Código Civil teria promovido, no art. 1.829, nº I, e que “só tende a repetir-se” na hipótese do nº II). A irrelevância do regime de bens, nas hipóteses dos nºs II e III do art. 1.829, é reconhecida por vários civilistas: MARIA BERENICE DIAS, *Manual das Sucessões*, p. 171; GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Comentários ao Código Civil*, v. 20, pp. 220 e 238-239; FRANCISCO JOSÉ CAHALI, *Direito das Sucessões*, p. 202; FLÁVIO TARTUCE, *Direito Civil*, vol. 6, pp. 217 e 220; ZENO VELOSO, *Direito Sucessório dos Cônjuges*, p. 38; LUIZ PAULO VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, pp. 335 e 384; SALOMÃO CATEB, *Direito das Sucessões*, pp. 111 e 113. Ao votar, como Relator, no REsp. nº 954.567-PE (j. 10.05.2011), o Ministro Massami Uyeda observou que “em nenhum momento o legislador condicionou a concorrência entre ascendentes e cônjuge ao regime de bens adotado no casamento, ao contrário do que fora disposto no inciso I do art. 1.829 do Código Civil (...)”. Em voto-vista, a Ministra Nancy Andrighi repetiu o argumento.

22 REsp. nº 1.346.324-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.08.2014; REsp. nº 1.430.763-SP, 3ª Turma, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 13.11.2014; REsp. nº 1.472.945-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.10.2014; REsp. nº 1.382.170-SP, 2ª Seção, Rel. p/acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 22.04.2015.

23 REsp. nº 1.111.095-RJ. Leia-se o trecho relevante: “Importa destacar que, se a lei fez algumas ressalvas quanto ao direito de herdar em razão do regime de casamento ser o da comunhão universal ou parcial, ou de separação obrigatória, não fez nenhuma quando o regime escolhido for o de separação de bens não obrigatório, até porque o cônjuge casado sob tal regime, bem como sob comunhão parcial na qual não haja bens comuns, é exatamente aquele que a lei buscou proteger, pois, em tese, ficaria sem quaisquer bens, sem amparo, já que, segundo a regra anterior, além de não herdar, (em razão da presença de descendentes) ainda não haveria bens a partilhar”. Concluiu o Ministro Noronha que, na hipótese ali examinada, a viúva, com o advento do Código Civil de 2002, “passou à categoria de herdeira necessária, mesmo diante do pacto antenupcial de regime de separação de bens” (destaquei).

24 Ementas dos REsp's nºs 1.346.324-SP, 1.430.763-SP e 1.382.170-SP (item nº 1).

25 Ementa do REsp. nº 1.472.945-RJ (item nº 7).

após a morte, não tendo o regime de bens “eficácia póstuma”;²⁶ que a eleição do regime da separação de bens, quando admitida, não faz presumir o desejo dos nubentes de recíproca exclusão na herança, já que a opção pode inspirar-se preponderantemente em outras razões de ordem prática, que não a de impedir a formação de patrimônio comum;²⁷ que inibir a concorrência, na hipótese, seria condenar o cônjuge sobrevivente a ficar “desprotegido justamente na viuvez”;²⁸ “sem quaisquer bens, sem amparo”;²⁹ já que inexistente o direito à meação (excluído em função do próprio regime).

4. O ARGUMENTO RELATIVO À PROIBIÇÃO DE PACTO SUCESSÓRIO.

Merece exame mais detido o argumento, presente no voto condutor do REsp. nº 1.472.945-RJ,³⁰ segundo o qual o pacto de adoção do regime da separação de bens não poderia incluir cláusula sobre futura sucessão dos nubentes, porque vedada pelo art. 426 do Código Civil.

O dispositivo repete a fórmula do art. 1.089 do anterior Código: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”. Há quem rejeite a incidência da regra na hipótese de recíproca renúncia a direitos sucessórios, inserida em pacto antenupcial: a proibição se restringiria à atribuição de tais direitos “em favor de terceiros”.³¹ Por esse raciocínio, cada um dos nubentes, em pacto antenupcial, poderia validamente renunciar à herança do outro.

A questão já constituiu objeto de manifestação do Superior Tribunal de Justiça. Em acórdão de 2011, a 3ª Turma reputou nula a cláusula de recíproca renúncia a direitos sucessórios entre cônjuges, inserida em pacto antenupcial de eleição do regime da participação final nos aquestos.³² Curiosamente, nem o voto do Ministro Relator, nem o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi invocaram o art. 426, preferindo recorrer ao art. 1.655, que declara nula, no todo ou em parte, a convenção antenupcial “que contravenha disposição absoluta de lei”. O voto condutor do julgado parece identificar essa “disposição

26 Ementa do REsp. nº 1.472.945-RJ (item nº 3).

27 Veja-se o voto-vista do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no REsp. nº 1.430.763-SP e seu voto (como Relator) no REsp. nº 1.472.945-RJ.

28 Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator) no REsp. nº 1.472.945-RJ

29 Expressão constante do voto-vista (convertido em acórdão majoritário) do Ministro João Otávio de Noronha no REsp. nº 1.430.763-SP, já anteriormente empregada em seu voto vencido no REsp. nº 1.111.095-RJ (cf., *supra*, nota nº 23).

30 O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva já se valera do argumento no voto-vista proferido (em 19.08.2014) no julgamento do REsp. nº 1.430.763-SP.

31 FRANCISCO JOSÉ CAHALI E GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA, ob. cit., p. 195.

32 REsp. nº 954.567-PE, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011.

absoluta de lei” nos arts. 1.829, nº II (a concorrência, na espécie, se daria com ascendente do *de cuius*) e 1.845 (não expressamente citado, mas cuja norma é ali claramente invocada). Teria chegado à idêntica conclusão se se tivesse baseado no art. 426 – também ele, evidentemente, uma “disposição absoluta”.³³

A proibição de pactos sucessórios, tal como formulada no direito brasileiro, abrange *toda e qualquer* contrato sobre herança futura,³⁴ quer se trate de manifestação de vontade para instituir herdeiro ou legatário, quer se trate de ato de disposição de herança futura ou, por fim, *de renúncia a uma sucessão não aberta*. Mas a vedação não abarca apenas *contratos*. Na vigência do Código de 1916 (cujo art. 1.089, como se registrou, revive intacto no art. 426 do Código atual), a melhor doutrina se orientava no sentido de que “[a] regra jurídica, a despeito dos dois termos empregados ‘contrato’ e ‘herança’, tem de ser entendida como se estivesse escrito: ‘Não pode ser objeto de negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral a herança ou qualquer elemento da herança de pessoa viva’. *Não importa quem seja o outorgante* (o *de cuius* ou o provável herdeiro ou legatário), *nem quem seja o outorgado* (cônjuge, provável herdeiro ou legatário, ou terceiro)”.³⁵ Não há razões ponderáveis para abandonar semelhante entendimento, tendo em vista a identidade dos dispositivos em análise.

Uma rápida pesquisa de direito comparado robustece o argumento invocado no voto condutor do acórdão no REsp. nº 1.472.945-RJ.

Na Itália, onde vigora, também em termos bastante amplos, a proibição aos pactos sucessórios (art. 458 do *Codice civile*),³⁶ os autores esclarecem que ela abrange tanto a renúncia estipulada *com o próprio sujeito de cuja herança se trata*, quanto aquela convencionada com terceiros, eventualmente favorecidos pelo ato abdicativo.³⁷

No direito francês, tornou-se necessária a alteração, em 1975, do art. 301 do *Code Napoléon* para que, por exceção, se passasse a admitir a re-

33 Logo após afirmar que “nem mesmo nas convenções antenupciais se pode estipular sobre a sucessão recíproca dos contraentes, porque o Código Civil [de 1916] declara *não escrita a convenção, ou a cláusula que contravenha disposição absoluta de lei*”, ITABAIANA DE OLIVEIRA acrescentava: “e este contrato ou pacto é uma das proibições absolutas” (*Tratado de Direito das Sucessões*, v. I, nº 57, pp. 72-73, destaques no original).

34 CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 849, p. 280.

35 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. XXXVIII, § 4.208, nº 2, p. 127, com destaques meus.

36 Em sua redação atual, fruto de uma lei de 2006, o art. 458 ressalva o chamado “*patto di famiglia*” (de que agora cuidam os arts. 768-bis e ss.), “figura contratual muito complexa” (CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, p. 102), a qual, no contexto deste trabalho, nenhuma relevância tem, por se tratar de negócio jurídico (*inter vivos*) pelo qual um empresário ou titular de participações societárias transfere seu estabelecimento ou suas “quotas” a um ou mais descendentes, com reflexos na futura sucessão do primeiro. Como reconhece a doutrina, “*a tutt’oggi, al di fuori della materia specificamente disciplinata dagli artt. 768-bis e ss., il divieto dei patti [successori] dispositivi e di quelli rinunciativi riprende appieno tutto il suo vigore*” (CALOGERO, ob. cit., p. 105).

37 CALOGERO, *Disposizioni generali sulle successioni*, p. 165; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t.I, pp. 29-30. Segundo FERRI, “[i]nna rinuncia compiuta prima dell’apertura della successione è nulla per il divieto dei patti successori, che si estende anche (...) alle rinunce” (*Disposizioni generali sulle successioni*, com. ao art. 519, p. 75).

núncia sucessória entre cônjuges, mediante cláusula inserida em acordo de separação de corpos.³⁸ Na versão original do Código, a proibição aos pactos sucessórios constituía “um dos bastiões da ordem pública sucessória”;³⁹ e, embora o princípio tenha sido sensivelmente atenuado, ao longo do século passado, a hipótese antes descrita ainda é a única em que se tolera a antecipada renúncia à herança do cônjuge – justificável, naquele sistema, pelo fato de a simples separação *de corpos*, requerida consensualmente e deferida, não suprimir direitos sucessórios entre marido e mulher.⁴⁰

Já em Portugal, a proibição é mitigada, admitindo-se, em alguns poucos casos, o pacto sucessório mediante convenção antenupcial: podem os nubentes *nomear* (ou *ser nomeados*) herdeiros ou legatários, mas não renunciar à herança do futuro cônjuge (arts. 1.699º, nº 1, letra a, e 1.700, nº 1).⁴¹ Por isso, um eminente mestre português, ao examinar possíveis repercussões do pacto antenupcial na sucessão, enfatiza que “o facto de os cônjuges terem estabelecido o regime de separação de bens como regime matrimonial apenas vale para a vida, pois é esse o sentido próprio do regime matrimonial de bens, a questão sucessória constitui um outro problema, com fundamentos e objectivos diferentes. Até porque, como princípio geral, ninguém, em vida, pode *por contrato* renunciar à herança de uma pessoa viva ou dispor de sua própria sucessão (art. 2.028º). Caso contrário, haveria um pacto contratual, uma forma de sucessão contratual proibida pela nossa lei e pelos bons costumes”.⁴² A lição certamente cai como uma luva no direito brasileiro.

5. O EXPRESSO RECONHECIMENTO DE QUE A NOVA JURISPRUDÊNCIA “SE FIRMOU”. O QUE ESPERAR, AGORA?

Em julgamento mais recente,⁴³ ocorrido em 24.06.2015, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ratificou decisão monocrática pela qual o Ministro Antonio Carlos Ferreira indeferira, liminarmente, embargos de divergência, baseados na alegação de dissídio entre a tese acolhida pela 3ª Turma e aquela

38 LEROYER, *Droit des successions*, nº 307, p. 235

39 LEROYER, *Droit des successions*, nº 302, p. 232.

40 LEROYER, *Droit des successions*, nº 109, pp. 99-100; FORGEARD, CRÔNE e GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, p. 13.

41 Como explica OLIVEIRA ASCENSÃO, “(...) os pactos sucessórios *renunciativos* e dispositivos são figuras meramente teóricas, porque estão pactos proibidos no direito português. Todos os pactos sucessórios entre nós admissíveis são pactos *designativos*” (*Direito Civil: Sucessões*, nº 55, p. 94, destaquei).

42 CAPELO DE SOUZA, “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”, p. 1.322 (destacado no texto original, cuja grafia foi preservada).

43 AgRg EREsp. nº 1.472.945-RJ.

antes prestigiada pela 4^o Turma, no citado REsp. nº 1.111.095-RJ.⁴⁴ O acórdão foi unânime, revelando a adesão à corrente majoritária de um dos Ministros (Moura Ribeiro) que, em anterior julgado sobre a mesma questão, ficara vencido.

A decisão do Ministro Relator e o posterior acórdão que a endossou invocaram o verbete nº 168 da *Súmula* do Tribunal: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”. Ou seja: os Ministros da 2^a Seção reconheceram, categoricamente, que sua jurisprudência “se firmou” (como diz o verbete) ou “está sedimentada” (como afirma a ementa do acórdão) no sentido de que, na hipótese do art. 1.829, nº I, do Código Civil, o cônjuge, que foi casado pelo regime da separação *convencional* de bens, concorre com os descendentes do *de cujus*.

O que se deve esperar daquela proclamação? Fundamentalmente, que o Superior Tribunal de Justiça cumpra sua função constitucional e se mantenha fiel à própria jurisprudência “sedimentada”⁴⁵ – ao menos, por óbvio, enquanto os textos legais, de que aqueles acórdãos se ocuparam, permanecerem *inalterados*. Muitos estudiosos brasileiros têm criticado, com razão, oscilações jurisprudenciais abruptas, sobretudo nos Tribunais Superiores; como se expressou um eminente processualista, “a continuidade da jurisprudência dos tribunais é um fator importante para a criação das expectativas, e então deve haver uma medida de constância na jurisprudência, não podendo ser alterada sempre e por qualquer motivo”.⁴⁶ Em relação ao próprio Superior Tribunal de Justiça, já tive a oportunidade de afirmar (e espero tê-lo demonstrado adequadamente) que, em alguns momentos de sua história, acórdãos e votos se valeram, de maneira um tanto irrefletida, de adjetivos como “uníssono”, “pacífico” ou “firme”, embora as questões neles abordadas inspirassem pronunciamentos dissonantes, mesmo após decisões da Corte Especial, proferidas em julgamentos de embargos de divergência.⁴⁷ O novo Código de Processo Civil, como

44 Cf., *supra*, nota nº 1.

45 Após o julgamento da 2^a Seção, outros acórdãos seguiram-lhe os passos: AgRg REsp. nº 1.334.340-MG, 3^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17.09.2015; REsp. nº 1.294.404-RS, 3^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20.10.2015.

46 ANTONIO DO PASSO CABRAL, “A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual”, in *Revista do Ministério Público*, nº 56, p. 23. Veja-se, também, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, RITA DE CÁSSIA CORRÊA DE VASCONCELLOS e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Jurisprudência oscilante no STJ – Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais”, in *O Papel da Jurisprudência no STJ*, pp. 223 e ss., trabalho no qual seus ilustres autores registram e criticam as “viradas” jurisprudenciais: “brusca e inesperadamente, a jurisprudência dos tribunais superiores muito frequentemente dá grandes ‘guinadas’, passando do preto para o branco e de zero a cem, em um segundo” (p. 227).

47 CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, “Ação rescisória por violação a ‘literal disposição de lei’: improcedência do pedido de rescisão e recurso especial (sobre a evolução da jurisprudência do STJ)”, in *Revista do Ministério Público*, nº 51, pp. 23-24.

é sabido, procura reforçar a vinculação dos órgãos jurisdicionais à jurisprudência consolidada, atribuindo aos tribunais a missão de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926). No caso da matéria aqui versada, ainda que o entendimento hoje dominante não venha a constituir, no futuro, objeto de enunciado da *Súmula*, deve o Superior prestigiá-lo, não apenas em atenção àquela regra, mas, sobretudo, porque são muito convincentes os argumentos que o embasam.

6. PÓS-ESCRITO.

Este trabalho já se encontrava encerrado quando tive minha atenção despertada para o julgamento (concluído, pela 3ª Turma, em 19.09.2017) do AgRg AREsp. nº 187.515-RS. O acórdão, tomado *por maioria*, proclamou que, “no regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente possui a qualidade de herdeiro necessário e concorre com os descendentes do falecido. A concorrência somente fica obstada quando se tratar de regime da separação legal de bens prevista no art. 1.641 do Código Civil”. A Turma seguiu, pois, a orientação vitoriosa desde o ano de 2014 (*supra*, nº 3) e declarada “sedimentada” em 2015 (*supra*, nº 5).

Surpreende, todavia, que, passado mais de um biênio do mencionado acórdão da 2ª Seção, ainda se registrem manifestações discrepantes de uma jurisprudência que (a tomar como adequada a invocação do verbete nº 168 da *Súmula*) já “se firmou” no mesmo sentido do acórdão majoritário. Por apenas um voto de diferença, foram preservadas, naquele caso, a *coerência* e a *integridade* da jurisprudência do Superior. Mas o placar apertado suscita a dúvida: até quando? ♦

7. BIBLIOGRAFIA (OBRAS CITADAS)

CABRAL, Antônio do Passo. “A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no Direito Processual”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015, nº 56, pp. 19-43.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2014.

CALOGERO, Mario. *Disposizioni generali sulle successioni*. In: SCHLESINGER, Piero; BUSNELLI, Francesco D. *Il Codice Civile: Commentario* (art. 456-461). Milão: Giuffrè, 2006.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. “Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”. In: *O Direito das Sucessões: Do Direito Romano ao Direito Actual*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2006.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRI, Luigi. *Disposizioni generali sulle successioni*. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe. *Commentario del Codice Civile* (art. 512-535). 1ª ed. (rist.). Bolonha: Zanichelli; Roma: *Il Foro Italiano*, 1982.

FORGEARD, Marie-Cécile; CRÔNE, Richard; GELOT, Bertrand. *Le nouveau droit des successions et des libéralités*. Paris: Defrénois, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 7.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I.

LEROYER, Anne-Marie. *Droit des successions*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Prefácio a COSTALUNGA, Karime. *Direito de herança e separação de bens: uma leitura orientada pela Constituição e pelo Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 4ª ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. II.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. “Ação rescisória por violação a ‘literal disposição de lei’: improcedência do pedido de rescisão e recurso especial (sobre a evolução da jurisprudência do STJ)”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2014, nº 51, pp. 15-25.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. “Regime de bens e sucessão”. In: *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2015, nº 56, pp. 45-62.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito Civil: Sucessões*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII.

TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2015, v. 6.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Zeno. *Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VELOSO, Zeno. *Direito Sucessório dos Cônjuges*. Belém: Associação dos Notários e Registradores do Pará, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELLOS, Rita de Cássia Corrêa de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Jurisprudência oscilante no STJ – Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais”. In: GALLOTTI, Isabel *et alii* (orgs). *O Papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.